



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 101.957.2012-1

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 153/2015

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DOCES SILVEIRA LTDA ME

2ª Recorrente: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DOCES SILVEIRA LTDA ME

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE INGÁ

Autuante: MARCOS VIEIRA LIMA

Relatora: CONSª GILVIA DANTAS MACEDO

OMISSÃO DE VENDAS. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. RESULTADO INDUSTRIAL. CABIMENTO. CORREÇÃO DA PENALIDADE PROPOSTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODIFICADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Em se tratando da hipótese de omissão de informação sobre fato gerador praticado pelo contribuinte, o prazo decadencial deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que eclodira referido fato gerador. No caso dos autos, as acusações retratam hipóteses de omissão de saídas, razão por que há de se rejeitar a preliminar aventada.
- Sendo o Resultado Industrial apurado através de dados fornecidos pela escrita da própria empresa, e apoiado em permissivo regulamentar, somente se pode opor a ele elementos comprobatórios de erros de apropriação de valores.
- Aplicação da alíquota de 17% (dezesete por cento) em observância à regra imposta pelo § 1º do artigo 13 da LC nº 123/2006.
- Reformadas as sanções aplicadas, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovimento do primeiro e provimento parcial do segundo, a fim de alterar, quanto aos valores, a decisão exarada pela instância prima, *julgando parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001816/2012-30, lavrado em 30 de agosto de 2012, e *improcedente* o Termo Complementar de Infração lavrado em 09 de dezembro de 2014, contra a empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DOCES SILVEIRA LTDA ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.127.186-3, devidamente qualificada nos autos, tornando exigível o crédito tributário de R\$ 98.016,80 (noventa e oito mil, dezesseis reais e oitenta centavos), sendo R\$ 49.008,40 (quarenta e nove mil, oito reais e quarenta centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I e art. 646 e 645, §§ 1º e 2º do

RICMS/PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 49.008,40 (quarenta e nove mil, oito reais e quarenta centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o crédito tributário no montante de R\$ 58.179,40 (cinquenta e oito mil, cento e setenta e nove reais e quarenta centavos), sendo, R\$ 3.057,00 (três mil e cinquenta e sete reais), de ICMS, e R\$ 55.122,40 (cinquenta e cinco mil, cento e vinte e dois reais e quarenta centavos), de multa por infração, pelas razões supramencionadas.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de abril de 2017.

Gílvia Dantas Macedo
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

Relatório

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001816/2012-30, lavrado em 30 de agosto de 2012, contra a empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DOCES SILVEIRA LTDA ME, CICMS nº 16.127.186-3, acima qualificada, foi imposta a seguinte acusação:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas tributáveis de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, durante o exercício de 2010;

OMISSÃO DE SAÍDA DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS – Contrariando dispositivos legais o contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas vendas abaixo do preço de custo dos produtos acabados., durante os exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$147.025,20 (cento e quarenta e sete mil vinte e cinco reais e vinte centavos), sendo R\$ 49.008,40 (quarenta e nove mil oito reais e quarenta centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I, com fulcro no art. 646, e 645, §§ 1º e 2º do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e R\$ 98.016,80 (noventa e oito mil dezesseis reais e oitenta centavos), a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada regularmente por via postal, conforme atesta o Aviso de Recebimento recepcionado em 17/9/2012, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva (fls. 30 a 31), protocolada em 17/10/2012, por meio da qual requer a retificação dos valores lançados no auto de infração considerando as alíquotas específicas do Simples Nacional.

Instado a se pronunciar quanto à reclamação, veio aos autos o autor do feito fiscal, fls. 52, requerendo a manutenção da ação fiscal.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 56), foram os autos conclusos à instância prima (fls. 57), ocasião em que foi encomendada diligência ao fiscal atuante, com o intuito de lavrar-se o Termo Complementar de Infração correspondente ao resultado identificado no Demonstrativo de Apuração do Resultado Industrial do ano de 2010, anexo aos autos às fls. 13, cujo imposto não havia sido objeto de lançamento inicial.

Ato contínuo, lavrado o competente Termo Complementar de Infração, no cujo crédito tributário foi no valor de R\$ 6.114,00, fls. 61, de que foi revel a autuada, os autos retornaram a GEJUP, ocasião em que a julgadora singular – Adriana Cássia Lima Urbano – em sua decisão, tem como certa a denúncia de omissão de vendas. Porém, julga parcialmente procedente a ação fiscal, reduzindo apenas o valor da multa, visando adequação à legislação vigente, recorrendo de ofício daquela decisão para este Conselho de Recursos Fiscais.

Após a decisão prolatada, o valor de crédito tributário fica adstrito ao montante de R\$ 104.130,80.

Cientificada da sentença singular, em 20/4/2015, fls. 79, recorre a autuada daquela decisão, para

este Conselho de Recursos Fiscais, ocasião em que apresenta as mesmas arguições trazidas na defesa perante a primeira instância de julgamento, enfatizando que seja aplicada a alíquota concernente a seu regime de apuração - Simples Nacional -, na conformidade da Resolução CGSN nº 94, de 2011, que prevê, em seu art. 86, que “aplicam-se aos tributos devidos pela ME e pela EPP, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS”. (Lei Complementar nº 123 2006).

Remetidos os autos a esta casa, estes foram distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental.

FIZ O RELATO.

VOTO

Pesa sobre o contribuinte a acusação de omitir vendas, cuja infração foi identificada mediante dois processos de apuração: falta de lançamento de notas fiscais de entradas e Resultado Industrial, dos quais me pronunciarei em separado.

PRELIMINAR

No tocante à preliminar de decadência do lançamento tributário suscitada pelo sujeito passivo até agosto de 2007, registra-se que as acusações fiscais constante da peça inicial tratam de omissão de saídas. Nessa situação, como o sujeito passivo deixou de realizar o "lançamento por homologação", pois efetuou procedimento irregular, contrário à legislação, e, em consequência, deixou de efetuar o pagamento do imposto, não se pode cogitar da hipótese de homologação tácita do lançamento, conforme previsto no artigo 150, §4º, do CTN.

Portanto, o sujeito passivo ao deixar de adotar as providências a que estava obrigado a realizar, isto é, apurar corretamente o imposto e realizar o pagamento correspondente, submeteu-se à fiscalização que efetuou o lançamento de ofício obedecendo ao prazo decadencial que começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte a aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme dispõe o artigo 173, inciso I, do CTN:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

O artigo em comento dispõe sobre o início do prazo extintivo do direito do Estado de cobrar o imposto. Por este dispositivo, predomina o entendimento de que, regra geral, o prazo de decadência se inicia no primeiro dia útil do exercício financeiro seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado. A regra geral tem serventia para aquelas situações em que o Fisco Estadual não tenha tomado conhecimento da ocorrência do fato gerador.

Convenhamos, esse é exatamente o caso dos autos, porquanto o Fisco **não** tinha conhecimento da ocorrência do fato gerador que deu cabo a denúncia de omissão de vendas, razão pela qual, no meu entender, o fato infringente só poderia ficar adstrito à regra geral atinente do art. 173, I do CTN, supracitado.

Portanto, a alegação do sujeito passivo de que ocorreu a decadência do lançamento tributário, em relação ao período até agosto de 2007, não procede. Em relação a esse período, em face da legislação tributária, o prazo decadencial começou a fluir a partir de 1º de janeiro de 2008. Assim, a intimação do lançamento tributário em questão poderia ser realizada até o dia 31/12/12. Como o sujeito passivo foi intimado do auto de infração no dia 17/9/12 (fls. 29), não ocorreu a decadência do crédito tributário.

MÉRITO

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – CABIMENTO – MANTIDA DECISÃO RECORRIDA.

Pela matéria tratada no relato acima, está em discussão uma situação em que o contribuinte omitiu o registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias, cuja infração autorizou ao entendimento de que as mercadorias foram adquiridas com receitas marginais resultantes de vendas pretéritas irregulares.

É sabido que uma vez constatada a falta de registro nos livros fiscais ou contábeis de nota fiscal emitida em nome do detentor dos respectivos livros, presume-se que mercadorias foram adquiridas com receitas oriundas de vendas anteriores sem emissão de documentos fiscais.

Trata-se de uma presunção legal, tendo seu fulcro no art. 646 do RICMS/PB, conforme se vê pela redação a seguir:

“Art. 646 – O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção” (grifo nosso)”

É bem verdade que se trata de uma presunção relativa, cuja negativa de punibilidade está a cargo do sujeito passivo, tendo em vista ser aquele o detentor dos meios de prova.

Requer, a autuada, que seja aplicada a alíquota concernente a seu regime de apuração - Simples Nacional -, na conformidade da Resolução CGSN nº 94, de 2011, que prevê, em seu art. 86, que “aplicam-se aos tributos devidos pela ME e pela EPP, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS”. (Lei Complementar nº 123/2006).

Quer, assim, formar um convencimento de que os cálculos dos créditos tributários lançados foram realizados de maneira equivocada, pois a fiscalização aplicara a alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre a base de cálculo, desconsiderando as alíquotas relativas a sua condição de contribuinte optante pelo Simples Nacional

Ocorre, porém, que a jurisprudência administrativo-tributária deste estado, com respaldo regulamentar, dirige-se no sentido de aplicar-se a alíquota de 17% à base de cálculo do imposto sobre a diferença decorrente de saídas omitidas.

Com efeito, as arguições da defendente se exaurem ante uma análise acurada da redação contida no artigo 13, § 1º, XIII, da LC nº 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiar; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#) [\(Produção de efeito\)](#)

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal; (g. n.)

A interpretação que se impõem do dispositivo de lei supracitado é a de que há a necessidade de deslocamento da sistemática de apuração do ICMS para o regime geral quando o contribuinte enquadrado como Simples Nacional realiza quaisquer condutas descritas no inciso XIII do § 1º do artigo 13, da Lei Complementar nº 123/2006.

É exatamente esta a regra adotada quando, por exemplo, o Simples Nacional atua como substituto

tributário ou quando realiza uma operação de importação. Em todos estes casos (incluindo a conduta descrita no Auto de Infração), deve-se observar a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Por tudo isso, reitero que a alíquota aplicável é a de 17% (dezessete por cento), nos termos do artigo 11, da Lei nº 6.379/96, transcrito adiante, pelo que entendo sem reparos a decisão singular:

Art. 11. *As alíquotas do imposto são as seguintes:*

I - 17% (dezessete por cento), nas operações e prestações internas e na importação de bens e mercadorias do exterior;

A propósito, este Conselho de Recursos Fiscais, em situação semelhante a que ora se nos apresenta para julgamento, a exemplo do Acórdão nº 294/2014, assim se pronunciou:

“OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DE MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERARQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

A diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvada à autuada a prova da improcedência da acusação, o que não se vislumbra nestes autos.

Para a acusação em tela, a exigência do ICMS se faz de forma integral, em consonância com a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas.

Redução da penalidade de acordo com o Princípio da Retroatividade Benigna da Lei, disciplinado no CTN.”

Corrijo, contudo, a penalidade proposta na exordial, acatando, pois, o entendimento da julgadora singular, que teve por fundamento o artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, porquanto deve-se reconhecer que, em razão da redução da sanção aplicada inicialmente, o que se deu por meio da edição da Lei nº. 10.008, de 5 de junho de 2013, combinado com o disposto no artigo 106 do CTN^[2], que autoriza a aplicação retroativa de sanções mais benéficas a fatos cujo processo não esteja definitivamente julgado, as mesmas devem ser reduzidas, em respeito ao Princípio da Legalidade.

Com este entendimento é que,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovisionamento do primeiro e provimento parcial do segundo, a fim de alterar, quanto aos valores, a decisão exarada pela instância prima, *julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001816/2012-30*, lavrado em 30 de agosto de 2012, e *improcedente o Termo Complementar de Infração* lavrado em 09 de dezembro de 2014, contra a empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DOCES SILVEIRA LTDA ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.127.186-3, devidamente qualificada nos autos, tornando exigível o crédito tributário de R\$ 98.016,80 (noventa e oito mil, dezesseis reais e oitenta centavos), sendo R\$ 49.008,40 (quarenta e nove mil, oito reais e quarenta centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I e art. 646 e 645, §§ 1º e 2º do RICMS/PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 49.008,40 (quarenta e nove mil, oito reais e quarenta centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o crédito tributário no montante de R\$ 58.179,40 (cinquenta e oito mil, cento e setenta e nove reais e quarenta centavos), sendo, R\$ 3.057,00 (três mil e cinquenta e sete reais), de ICMS, e R\$ 55.122,40 (cinquenta e cinco mil, cento e vinte e dois reais e quarenta centavos), de multa por infração, pelas razões supramencionadas.

[2] Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (g.n.)

Gilvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora